



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario Laboral
Demandante	Luz Marina Carmona Giraldo
Demandado	COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.
Radicación	760013105 004 2018 00404 01
Asunto	Apelación y Consulta de Sentencia
Tema	Ineficacia de Traslado de Régimen
Sub Tema	<p>Deber de información: En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.</p> <p>Carga de la prueba: Las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, están en el imperativo de demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado a dicho régimen.</p> <p>Traslados de administradoras dentro del RAIS: La actuación viciada de traslado del régimen de prima media con <i>prestación</i> definida al de ahorro individual, <u>no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.</u></p> <p>El fondo debe remitir a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, rendimientos financieros, ahorros voluntarios y todo aquello que repose en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluyendo el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, como lo dispone el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto 1833 de 2016.</p> <p>Procede la condena en costas a las demandadas, en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, toda vez que ejercieron oposición y fueron vencidas en juicio.</p>

AUDIENCIA PÚBLICA No. 081

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de julio de 2020, siendo el día y hora previamente señalados, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio de las demás integrantes de la Sala de Decisión, se constituye en Audiencia, conforme los lineamientos definidos en el **DECRETO LEGISLATIVO NO. 806 DEL 4 DE JUNIO DE 2020**, artículo 15, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en los **ACUERDOS PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 y PCSJA20-11581 del 20 de junio de 2020**, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de dictar Sentencia de Segunda Instancia en el proceso de la referencia.

En el acto, se procede a resolver el recurso de apelación formulado por las **demandadas**, en contra de la **Sentencia 379 del 24 de octubre de 2019** proferida por el **Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali**; e igualmente surtir el grado jurisdiccional de Consulta de la misma, de conformidad con lo establecido en el inciso 3° del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

La apoderada judicial de la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías PORVENIR S.A.**, en sus alegatos considera, en resumen, que las omisiones que se atribuyen a esa entidad, particularmente la de información sobre las características de RAIS, condiciones, requisitos para acceder a las prestaciones económicas, modalidades de pensión, diferencia con el régimen de prima media, negociación del bono, entre otras, se encuentran señaladas en el artículo 59 y siguientes de ley 100 del año 1993 y sus decretos reglamentarios, entonces el actor no puede alegar el desconocimiento de la ley por prohibirlo expresamente el artículo 9 del código civil. Que respecto de los Gastos Administración, ha de tenerse en cuenta que la administradora los

descuenta en virtud de la normativa vigente, en el caso que nos ocupa, no se evidencia ningún detrimento en su cuenta individual, pues la misma se observa incremento por concepto de los rendimientos, fruto de la gestión de la administradora, por lo que no procede devolución por esos conceptos.

La apoderada de la demandada **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, presentó escrito de alegatos haciendo referencia de los conceptos de ineficacia y nulidad, y de lo considerado en el precedente jurisprudencial, que ha mantenido una posición garantista en favor de los afiliados, que reúne los escenarios del consentimiento informado del afiliado, la carga de la prueba, Interpretación del artículo 1604 del Código Civil, y la naturaleza de los demandantes (parte débil y afiliado lego).

No habiendo pruebas que practicar y surtido el trámite legal, procede la Sala a proferir la siguiente,

SENTENCIA No. 079

Antecedentes

Luz Marina Carmona Giraldo presentó demanda ordinaria laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, con el fin de se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente se ordene su regreso al Régimen de Prima Media, junto con el traslado a Colpensiones de todos los aportes y rendimientos. Y se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

Refirió la demandante que estuvo afiliada al entonces ISS, desde el 16 de febrero de 1988, hasta el año 1999 cuando realizó su vinculación al RAIS administrado en ese momento PORVENIR S.A.

Señaló que la decisión de trasladarse de régimen fue debido a que un promotor de Porvenir la convenció aduciendo que la pensión a percibir sería superior a la que le otorgaría el ISS. Que no se le explicaron las condiciones de su traslado, incumpliendo con el deber de brindar toda la información veraz y completa respecto de las consecuencias negativas que tendría al afiliarse al RAIS; no se le informó sobre el derecho al retracto, ni la posibilidad de retornar al RPM antes de que le faltaren menos de diez años para cumplir la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se opuso a las pretensiones de esta demanda, considerando que no hubo vicio del consentimiento en el traslado de la actora, al punto que ha permanecido afiliada al RAIS desde el año 1998, sin haber manifestado inconformidad alguna. Y en su defensa propuso las excepciones de: **inexistencia de la obligación, inexistencia de vicios del consentimiento, buena fe de la entidad demandada, y prescripción.**

De igual forma, **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demandante, indicando que la afiliación de la actora al RAIS no contiene vicio alguno en el consentimiento, pues por el contrario se cumplieron todos los requisitos de ley para la validez de selección de régimen por la demandante; aunado a que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria por parte del afiliado, la cual se manifiesta con la suscripción de la solicitud de afiliación al respectivo fondo. Finalizó formulando las excepciones denominadas: **Prescripción, Falta de causa para pedir, Inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, y enriquecimiento sin causa.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali** profirió sentencia **379 del 24 de octubre de 2019**, declarando la nulidad de la afiliación de **Luz Marina Carmona Giraldo** al Régimen de Ahorro Individual, realizada por PORVENIR S.A.; ordenando su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES; y en consecuencia ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con sus rendimientos. Y condenó en costas a las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES.

Recursos de apelación

La apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, considerando que cada régimen tiene aspectos favorables y desfavorables, por ello el ordenamiento jurídico le otorga al afiliado la posibilidad de escoger, y una vez realizado, se tiene las restricciones consideradas por la Corte Constitucional, y no se puede invalidar por vía jurisprudencial que los errores de derecho pueden viciar el consentimiento de quien celebra un acto jurídico, imponiendo retroactivamente a las AFP requisitos o trámites que la norma no contemplaba para la época de afiliación.

Que tampoco se encuentra demostrado que la demandante haya sido presionada o engañada al momento de suscribir tal solicitud, con lo que se pueda concluir que su consentimiento estuviera viciado por error de hecho, fuerza o dolo.

Que, respecto de la asesoría pensional, siempre ha sido verbal de acuerdo al artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y las proformas adoptadas por la Superintendencia Financiera de Colombia; por lo cual, la afiliación al sistema pensional RAIS, para que se refute válida, basta con la firma del formulario de afiliación, como así fue claramente suscrito por la actora.

Que, respecto de las asesorías que se dieron el año 1994, esto es, hace más de 25 años, y de acuerdo a la normatividad vigente, para que resulte

válida la afiliación al RAIS es suficiente la firma del formulario de afiliación, como así lo hizo la actora dejando plasmada su voluntad libre y espontánea.

Que durante el tiempo que la actora ha estado afiliada a esa entidad, se ha actuado con estricta sujeción a la ley y a la buena fe.

Que, respecto de la prescripción, lo que se plantea es la oportunidad jurídica para accionar este tipo de procesos, esto es, que conforme a los artículos 1742 y 1750 del Código Civil, la acción está sujeta a prescripción.

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** interpuso igualmente recurso de apelación contra la mencionada sentencia, manifestando que en tal decisión no se tuvo en cuenta que la actora no se encuentra dentro del término legal para acceder al traslado; y no se demuestra dentro del proceso que haya hecho uso del derecho al retracto, o haber acudido ante la administradora PORVENIR con el fin de que se les presentara una asesoría con el fin de entender las consecuencias de dicho traslado.

Que Colpensiones, actuando de buena fe, no se encontraba facultada para acceder a la solicitud de traslado de la demandante. Y es por esto que no es procedente la condena en costas impuesta a esa entidad.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión a resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por las entidades **demandadas**, respecto de la sentencia proferida por la Juez de primera instancia.

De igual forma, por mandato del inciso 3º del artículo 69 del C.P.T. y S.S., se asume el conocimiento del asunto de referencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta ya que la condena se efectuó en contra de una entidad de derecho público en la que la nación funge como garante, tal como lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Una vez revisado el proceso, encontrando que no existe ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado y agotado el trámite procesal que corresponde, resulta necesario resolver de fondo la litis en estudio.

Hechos Probados

En el presente asunto no se discute que **Luz Marina Carmona Giraldo** se afilió al régimen de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, a partir del **16 de febrero de 1988** (fl.19). Así mismo, reposa a folios 64 y 117 copia del formulario de afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, hoy por fusión **PORVENIR S.A.**, de fecha 18 de enero de 1999; siendo la vinculación efectiva de la actora al RAIS, a partir del 1° de marzo del mismo año (fl. 65 y 66).

Problema jurídico

Por lo tanto, los **problemas jurídicos** a resolver se centran en determinar: **i.** si el traslado de régimen del demandante es inválido habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliada en el RAIS, la posibilidad de retracto y la información sobre la posibilidad de retornar al RPM cuando le falten menos de 10 años para pensionarse; **ii.** si es aplicable el término de prescripción a los procesos de nulidad de traslado de régimen pensional, y, **iii.** si es viable la posibilidad de retornar al RPM cuando le falten menos de 10 años para pensionarse.

Análisis del Caso

Ineficacia de Traslado.

El traslado como acto jurídico en general, conlleva el presupuesto de que el fondo respectivo debe brindar la información adecuada, completa, veraz y oportuna sobre las consecuencias del acto que se va a realizar.

En tal sentido, los **artículos 12 y 13 literal b) de la Ley 100 de 1993**, señalan expresamente que la decisión de afiliarse o trasladarse de un régimen a otro dentro del sistema de pensiones debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado. Según lo expuesto, cuando la norma utiliza los términos de una decisión libre y voluntaria significa que no debe existir por parte del afiliado ninguna duda sobre las conveniencias o desavenencias de pertenecer a uno u otro de los regímenes.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social, pero por la otra, a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el **Decreto 663 de 1993** y la **Ley 795 de 2003**.

El **deber de información** es un elemento propio de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil, por lo cual las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que conlleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el **Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- artículos 72 literal f) y 97**, normas modificadas por la **Ley 795 de 2003**, que en su **artículo 12** señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar “...**debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas...**”.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los **Decretos 2241 de 2010** y **2555** del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el sistema general de pensiones, recalcando entre ellos: **i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.**

Como ha quedado visto, entonces, el deber de información es una obligación que por ley **siempre** han tenido las Administradoras de Fondos de Pensiones, y un derecho para los afiliados a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar al interesado de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Dicha razón justifica el contenido del artículo 3° del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar por escrito a sus afiliados al momento de realizar la correspondiente afiliación o traslado, sobre la posibilidad de **retractarse**, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que “...las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse...” que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado. La omisión de los Fondos, en tratándose de este aspecto, **acarrea la ineficacia de la selección o traslado**, pues se parte del hecho de que la decisión no fue informada, y que está mediada de error.

Se remite la Sala a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia **del 22 de noviembre de 2011 radicado 33083**, entre otras, como soporte jurisprudencial de esta decisión. Debe precisar la Sala, sin embargo, que aun cuando la jurisprudencia citada corresponde a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, no obsta su aplicación al

presente asunto dadas las similitudes y características que existen entre la posibilidad de afiliarse o trasladarse en los diferentes regímenes del sistema pensional.

Descendiendo al asunto de marras, y como ya se advirtió en el planteamiento del problema jurídico, obra copia de la solicitud de vinculación del **18 de enero de 1999**, y copia de **histórico de vinculaciones** (fls.64 y 66), que dan cuenta que la demandante fue trasladada del RPM al RAIS, administrado desde ese entonces por HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, hoy **PORVENIR S.A.**, evento que tuvo lugar a partir del 1º de marzo de 1999.

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que, al momento del respectivo traslado de régimen, la entidad administradora de pensiones PORVENIR S.A., haya cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y de su permanencia en ella, a la demandante.

No se denota que las entidades de seguridad social demandadas le hayan suministrado a la demandante los datos y explicaciones del traslado respectivo. En efecto, brilla por su ausencia el acompañamiento desde la antesala de la afiliación, momento en el que debieron mostrarle los pros y contras de la decisión trascendental que iba a tomar; dicha gestión puede quedar en evidencia, por ejemplo, con las proyecciones matemáticas, que sustentan el valor de la mesada que hubiera tenido en ambos regímenes, entre otras.

La única prueba con la que pretende el fondo demandado, acreditar que cumplieron con el deber de información, es la copia de la solicitud de vinculación, en la que reposa la leyenda "**VOLUNTAD DE AFILIACION**", que refiere que la escogencia de ese régimen lo hace de forma libre, espontánea, y sin presiones.

No obstante, tales documentos son precarios para lograr el cometido pretendido por el fondo privado, pues no se puede predicar que la accionante, tomó verdaderamente una decisión libre y voluntaria, cuando ignoraba la incidencia que aquella podía tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple y fría expresión genérica pre impresa en un formato.

Tampoco se denota una constancia que se le hayan entregado el Plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la administradora de pensiones, que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes; y, mucho menos, reposa la comunicación que por escrito la AFP debió dirigir a la demandante referente a la posibilidad de retractarse.

Ahora bien, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando al afiliado le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre el tema la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** radicado 6885; **SL 1688**; y, **SL 1689, todas de 2019**, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde recopiló toda su jurisprudencia sobre el tema y, al respecto sostuvo que:

“...De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se radica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...”. (Negrilla fuera de texto).

A su vez, se reitera en las comentadas decisiones, que la acción dirigida a dejar sin efectos dicho traslado es inescindible del derecho a la Seguridad Social, de suerte que comparte con éste la condición de **imprescriptible**.

Además, recuerda también la Corte, que la ineficacia ocasionada al momento de traslado de régimen no se convalida con los sucesivos traslados de fondos estando en el interior del mismo régimen o su permanencia en éste por un periodo considerable.

Respecto al traslado de los aportes y rendimientos financieros, así como los **gastos de administración**, ante la declaratoria de nulidad del acto jurídico que dio lugar a la afiliación del demandante al **RAIS**, deja sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias **SL1452, SL1688, y SL 1689 de 2019**, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Considera esta Sala, entonces, que es dable ordenar a **PORVENIR S.A.**, que proceda a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, por lo tanto, se deben trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, toda vez que estos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, y es por ello, que estas, los bonos pensionales y las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**.

En razón a lo vertido, y sin necesidad de más consideraciones, se confirmará la sentencia apelada y consultada en lo atinente al traslado, pues la conclusión vertida de dejar sin validez el traslado de la demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que la demandante ha mantenido su afiliación a dicho régimen hoy administrado por Colpensiones, junto con los beneficios que sean aplicables a su caso.

Así mismo, con lo aquí considerado se tienen atendidos los alegatos de conclusión que fueron presentados por las partes, los cuales se despacharon negativamente en las respuestas dadas por la Sala a cada uno de los puntos de apelación.

Costas

En cuanto a la solicitud de la parte demandada **COLPENSIONES**, de que se revoque la condena en costas impuesta en la sentencia de primera instancia; se debe tener en cuenta que el artículo 361 del CGP, dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación; en este caso, dado que COLPENSIONES fue igualmente vencida en juicio, correspondía la imposición del pago de las costas, lo que descarta cualquier otro miramiento, referente a la buena o mala fe de la demandada. Por tanto, al ser las costas una erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, es que la decisión recurrida se mantendrá en ese sentido.

En ese orden, las **Costas** en esta **segunda instancia** a estarán a cargo de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, y en favor de la demandante, por no haber salido avantes en sus recursos de apelación, incluyendo en ellas la suma de dos (2) millones de pesos para cada una como Agencias en Derecho.

Decisión

En mérito de lo expuesto, ésta Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia **379 del 24 de octubre de 2019** proferida por el **Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** y de la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, y en favor del demandante; liquídense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de esta instancia, a cargo de cada una de éstas, la suma de DOS (2) MILLONES DE PESOS (\$2'000.000) m/cte.

TERCERO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo.

No siendo otro el objeto de la presente se firma en constancia como aparece.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente



PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada
(R.2018-00404)



ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada